

F・ノイマンの裁判官の審査権論

——ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権・補説——

畑 尻 剛

目 次

序

- I 裁判官の審査権肯定・集中論と否定・非集中論
 - 1 A・ブレヒトの裁判官の審査権肯定・集中論
 - 2 F・ノイマンの裁判官の審査権否定・非集中論
- II F・ノイマンの基本権論
 - 1 基本権と民主主義
 - 2 ヴァイマル憲法の基本権規定の解釈
 - 3 法の前の平等
- III アメリカ法の影響
- 結 語

序

ヴァイマル憲法下の違憲審査権をめぐる議論は、それが一般の裁判官の審査権を認めるか否か及び特別裁判所（国事裁判所）の審査権を認めるか否かによって、4つの類型に分けることができる。即ち、一般の裁判官の審査権を認め併せて特別裁判所の審査権も認めるもの（肯定・集中論）、一般の裁判官の審査権は認めるが特別裁判所の審査権を否定するもの（肯定・非集中論）、一般の裁判官の審査権を否定し併せて特別裁判所の審査権も否定するもの（否定・非集中論）、一般の裁判官の審査権は否定するが特別裁判所の審査権は肯定するもの（否定・集中論）の4種である。このうち、肯定・集中論と否定・集中論については別稿において、H・トリーペルとG・アンシュッツの所説に拠ってそれぞれの具体的内容について検討したが¹⁾、ここでは、否定・非集中論について、F・ノイマンの見解に拠ってその具体的内容を明らかにしたいと思う。

フランツ・ノイマン (Franz L. Neumann) は、1900年にドイツのカトヴィッツに生まれ、フランクフルト大学ではH・ジンツハイマーに就いて学んだ。その後弁護士として労働組合や社会民主党の法律顧問、プロイセン行政裁判所や連邦経済評議会の一員として活躍したが、1933年にナチスに追われイギリスに亡命している。その後、当時M・ホルクハイマーの指導下にあった社

会調査研究所に加わり、いわゆるフランクフルト学派の一員となったが、1954年スイスで客死した。ノイマンの著作は、亡命後の大著『ビヒモス』(1942年)をはじめとして多数あり、その対象も政治学、社会学、経済学、哲学、法学と多岐にわたっている²⁾。彼の違憲審査権にかんする論稿は、このような多数の著作の中で、主要なものであるとはいえないし、かれの問題意識もこの領域に長くとどまっていたわけではない。

にもかかわらず、否定・非集中論の代表的見解としてノイマンの主張をここで取り上げる理由は二つある。第一に、ノイマンの議論が、「法律審査権、そしてより一般的に憲法裁判権(憲法解釈それ自体をめぐる紛争の裁判)に対する反対について、社会民主党左派の立場をリードする位置を占めていた」³⁾からである。ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権をめぐる議論において社会民主党の果たした役割は小さくない。同党は、憲法制定国民議会、国事裁判所法の制定、1926年及び28年の政府草案などいずれの段階においても議論に深くかかわっている。しかし、同党の審査権に関する見解は党内において大きく対立しており、以下で考察するブレヒトの審査権肯定論とノイマンの否定論が社会民主党の理論誌 *Die Gesellschaft* に同時に掲載されたことは、それを象徴するものである。したがって、党内左派を代表する彼の見解を検討することは、党内の他の見解と比較対照するためにも必要なのである。第二に、彼の論稿「ライヒ法律の憲法適合性審査に関する法律に反対する」⁴⁾は、その表題からも明らかなように1928年の政府草案を素材に書かれたものである。この政府草案は、1926年のいわゆる12月政府草案と同一のものであり、その内容は、一般の裁判官の審査権を前提とした上で国事裁判所における憲法適合性審査を認めようとするものであった⁵⁾。したがって、このような草案に対するノイマンの批判を検討することによって、既に別稿で検討した裁判官の審査権肯定・集中論に対して裁判官の審査権否定・非集中論がどのような疑問をもっているかが明らかとなるのである。

そこで以下、まずノイマンの裁判官の審査権否定・集中論それ自体をブレヒトの肯定・集中論と対照させて検討し(Ⅰ)、次に、この否定・集中論と密接な関係にあるノイマンの民主主義論、基本権論を概観し(Ⅱ)、さらに、ノイマンの論稿において目につくアメリカ判例法に対する彼の批判を考察する(Ⅲ)。

注

- 1) 拙稿「ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権(1)(2)」城西経済学会誌第20巻第2号、第21巻第1号参照。
- 2) ノイマン(1900—1954)の生涯及び業績については、Alfons Söllner, Franz L. Neumann-Skizzen zu einer intellektuellen und politischen Biographie, in: Franz L. Neumann, Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930–1954, Frankfurt/M., 1978, S. 7 ff.; ders., Neumann zur Einführung, Hannover, 1982; Joachim Perels (Hrsg.), Recht, Demokratie und Kapitalismus. Aktualität und Probleme der Theorie Franz L. Neumanns, Baden-Baden, 1984; Wolfgang Luthardt, Kontinuität und Wandel in der Theorie Franz L. Neumanns. Eine historisch-politische Skizze, in: IWK 19 (1983) S. 329 ff.; Gert Schäfer, Franz Neumann, in: Deutsche Historiker, Bd. VIII, Hrsg. von

- H.-U. Wehler, Göttingen, 1982, S. 96 ff. スチュワート・ヒューズ（荒川幾男訳）『フランツ・ノイマン』『亡命の現代史4 社会学者・心理学者』みすず書房, 1973年, 1頁以下及び, マーティン・ジェイ（荒川幾男訳）『弁証法的想像力』みすず書房, 1975年, 206頁以下を参照。
- 3) 広渡清吾「J. W. ヘーデマンとナチス私法学(六)」社会科学研究, 第36巻第4号, 192頁。
- 4) Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen, in: Die Gesellschaft, 1929, 1, (以下, Gegen) S. 519/536.
- 5) 前掲拙稿(2), 11頁以下参照。

I 裁判官の審査権肯定・集中論と否定・非集中論

1 A・ブレヒトの裁判官の審査権肯定・集中論

1929年6月, 社会民主党の理論誌 Die Gesellschaft に1928年政府草案をめぐるブレヒトの賛成論とノイマンの反対論が掲載された¹⁾。アーノルド・ブレヒト (Arnold Brecht) は, ノイマンと同様に社会民主党系の研究者であったが, 自身, 「直接には, あらゆる裁判官に審査権を認めた上記のライヒ最高裁判所の1925年11月の判決に促され, 我々は, 当時ライヒ内務省において, 今回, 大臣ゼーヴェリングによって再度提出された法律案を作成した。」²⁾と述べているように, ライヒ内務省の専門部局員として, 1926年のいわゆる12月政府草案及び1928年の政府草案の作成に深く関与した³⁾。したがって, その彼が政府草案に賛成する論文を書くのは当然といえば当然なのであるが, 同じ社会民主党系の2人が賛否両論を主張しているのは興味のあるところである。そこでまず, ここではブレヒトの賛成論についてその内容を検討する。

ブレヒトの議論の出発点は, ライヒ最高裁判所の判決である。そして, このことが彼の論稿全体を規定している。

「……次のような事実が厳然として存在する。即ち, 1925年11月4日の判決においてライヒ最高裁判所は, 各裁判所が法律の適用のあらゆる段階において, たとえその法律が表面上正当に公布されたとしても, その法律とライヒ憲法との適合性を審査することができると判示したのである。既にこれより以前, 憲法の父プロイス, 国法学者トリーペル, ライヒ最高裁判所のデューリンガー, 社会民主党員カッツエンシュタイン, 独立社会民主党員コーンは, 裁判所による憲法適合性審査に対して肯定的に発言し, アンシュッツ, トーマ, ラートブルフ, カール, アプラスは逆の立場をとっていた。このような争いにライヒ最高裁判所が決着をつけた後には憲法適合性審査に好意的な解釈が実務上は確固たるものとみなされなければならない。」⁴⁾

しかし, ブレヒトは, このようなライヒ最高裁判所による一般の裁判官の審査権, つまりすべての裁判所による憲法適合性審査の承認に懸念を示して, 次のように述べる。

「将来, 単純多数で成立し正当に公布されたライヒ法律の憲法適合性について疑義が生じた場合, ライヒ議会及び最上級裁判所がこれについて統一的に決定を下すのではなく, 多くの裁判所が, 場合によっては相互に異なった判断を下すことになる。このような決定が常にライヒ最高裁判所にまで持ち越されるとは限らない。蓋し, ライヒ最高裁判所が常に最上級審であるとは限らず, 刑事事件を含めた事件の多くは, 上級ラント裁判所が最終審として判決を下すからである。しかし, これらの裁判所が, 通常のライヒ

法律の憲法適合性に対して最終的な判断を下すことは適切とはいえない。それらの判断が相互に矛盾し、その結果、ある地区ではその憲法適合性が否定され、別の地区では肯定されるという事態が生じることとなる⁵⁾。」

それでは、このような判例の不統一及び法的不安定という弊害を除去するにはどのような方法があるか。ブレヒトは、2つの方法を挙げている。即ち、「裁判所による憲法適合性審査をライヒ最高裁判所の判決に反して法律で全面的に排除する」か、「政府草案にしたがって統一的な最上級の裁判機関を定めること」である。しかし前者の方法には幾つかの問題点がある。問題点の第一は、このような方法を主張する者の多くが、裁判官の審査権を完全に排除すれば憲法適合性に関する決定権が議会に留保されると考えることである。裁判官の審査権が排除されるとしても、ライヒ議会の決定が最終的なものとなるわけではなく、ライヒ大統領が法律の認証権をっており、議会によって議決された法律を公布すべきか否かの決定権を有するのである。第二は、裁判官の審査権の完全な排除によって、憲法の破砕に対する有効な防壁がなくなってしまうことである。第三に、「いかに裁判官の審査権の完全な排除を支持しようとも、憲法改正多数さえ必要とするこのような排除は議会では行い得ないのである。したがって、実際には、当該草案のような法律が制定されない場合には一般の裁判官の審査権は存在し続けるということを前提としなければならない」⁶⁾。第三の問題点の指摘は特に注目してよい。ブレヒトは、ライヒ最高裁判所と同様に、裁判官の審査権が憲法によって与えられるというより、裁判官の裁判作用に本来的に含まれており、これを否定するためには憲法の明文の規定が必要であると考えているようである。いずれにせよこのような形で前者の方法、即ち、裁判官の審査権否定・非集中論を斥けたブレヒトは、先に挙げた後者の方法、即ち、裁判官の審査権肯定・集中論を支持することになる。

さらにブレヒトは、裁判官の審査権肯定・集中論（政府草案）に対して裁判官の審査権否定・非集中論からなされる批判に言及している。即ち、「ライヒ最高裁判所の判決以降の、したがって3年も前から今まで、裁判官の審査権が承認されてきたからといって、厄介な問題が生じた訳でもないし、法律を違憲無効とする判決が一つとして下された訳でもない……」という批判である。これに対してブレヒトは、「この期間、常に審査の主役となる憲法第48条が適用されていない。第二に、その憲法適合性について深刻な紛争が生じるようないかなる法律も制定されていない。つまり、法律の憲法適合性に関するライヒとラントとの間の深刻な闘争がない。第三にそしてこれが最も重要であるが、この期間に公布された法律はすべて、裁判官階級があげて崇拝しそして承認しているヒンデنبург大統領の署名がなされているのである。副署は、最後の一月を別とすれば、ルター及びマルクスという生粋のブルジョア内閣によって行なわれている。」⁷⁾として、このような状況から一般の裁判官の審査権を無制限に認めることはできないとする。

「ライヒ大統領が政治的に不安定であり、裁判官層又はライヒの領域において攻撃されている場合や、左翼内閣が成立した場合、所有権概念又はラント高権に関する法律が制定された場合を想起し、そしてこの場合、すべての裁判所に承認された憲法適合性審査から一体なにかが生じるかを考えてみよう。そこには、この場合、——善意で——ある法律を憲法違反の理由から否定することにより自己の裁判官の独立及び勇敢な心情を示そうとする区裁判官が再度登場することになるであろう。」⁹⁾

最後に彼は、次のように結んでいる。

「現在どうしたところでこのような裁判所の完全な審査権が存在しているのは事実である。これを完全に排除することなどできないので、私見によれば残された途は、その判断をすべての場合に国事裁判所に任せるために国事裁判所を将来的に整備・充実させることだけである。蓋し、裁判所の一般的審査権をこのまま存続させることはできないからである。」⁹⁾

2 F・ノイマンの裁判官の審査権否定・非集中論

1) ノイマンは、まず、ビスマルク憲法時代及びヴァイマル憲法下の裁判官の審査権に関する議論を概観する。ビスマルク憲法下では、法律の実質的審査権は否定されていたが、ヴァイマル憲法下では急転直下承認されるようになった。つまり、憲法制定国民議会においては、意見の一致をみることはなかったが、ライヒ最高裁判所の判決によって裁判官の審査権が承認されることになったのである。そして、ノイマンはこの判決を厳しく批判する。

「ライヒ最高裁判所もあらゆる方面で注目された判決において裁判官の審査権及び審査義務の積極的な支持者となったが、その判決において最高裁判所は、判例によって無制限の審査権が承認されているという誤った主張を受け容れた。ライヒ最高裁判所は審査権をいかなる制約もなく、又一片の理由もなく承認した。かてて加えて、ライヒ最高裁判所にとってこのような高度に政治的な問題に態度を決めるいかなる動機も存在しなかった。蓋し、本判決は既に他の考慮によって動機付けられており、当時、ライヒ最高裁判所が立法者たらんとし具体的な裁判にとって重要でない問題について態度表明を行ったことは、全く異例のことであった。……いずれにせよ、ライヒ最高裁判所は裁判官の審査権を支持し、後にもこれを確認している。又、ライヒ財政裁判所、ライヒ福祉裁判所、プロイセン上級行政裁判所及びバイエルン最上級ラント裁判所もこれに追随した。その結果、ほとんど支配的見解といってもかまわず、アンシュッツやギーゼを別とすれば圧倒的多数の国法学者がこのような趨勢に追従している。」¹⁰⁾

つづいてノイマンは、これら判例及び学説があげる裁判官の審査権肯定論の論拠を批判する。

「審査権を形式的に根拠づけるにあたって通常いわれるのは、憲法がその成立及びその内容について規定する要件総てを満たさない法律は、法律ではなく（Nichtgesetz）、誰もこれを承認してはならないということである。このような論法が不当なことは明白である、なぜなら、これが余りに多くのことを証明したがゆえに何物も証明しないからである。もしこの論法が正しいとするならば、同様の考えは行政行為のあらゆる領域にも妥当させざるをえず、法律上の要件に合致しないあらゆる行為は無効となる。しかし裁判も行政学も、このような結論を導き出す事をはっきりと拒否する。この論法は、ライヒ憲法第70条に基づくライヒ大統領による法律の認証が法律の合憲性を宣言する公証であり、それ故、この認証が法律の形式的及び実質的合憲性の覆し得ない推定を形成することを看過している。しかし、このような学説上の争

いはここではさほど重要なものとは思えない。それ故、判例が不十分なことは疑いの余地はなく、判例はあらゆる裁判官及びあらゆる官庁に無制限の審査権を与えるが、これには大きな——なお現実化していないが——相互に矛盾する決定が生じるという危険が伴うのである。」¹¹⁾

以上のように、ノイマンの裁判官の審査権肯定論に対する批判は、必ずしも目新しいものではない。つまり、彼がここで否定論の論拠として挙げている、法律の認証制度及び判例の不統一は、従来の否定論共通の論拠である。特にここで興味をひくのは、認証制度の本質について、ノイマンが、裁判官の審査権否定論ということ以外では共通項を持たないと思われるG・アンシュッツの認証論に依拠していることである。しかし、これに続く、「このような学説上の争いはここではさほど重要なものとは思えない」という言葉からも明らかなように、従来の裁判官の審査権肯定論、否定論の論拠はノイマンにとって主たるものではない。彼の場合、裁判官の審査権を否定する主たる根拠は、保守的裁判官が自由主義的憲法解釈によって、ヴァイマル憲法の理念を否定してしまうということにあるのであり、この点にこそ彼の議論の特徴が現れるのである（後述Ⅱ、Ⅲ）。

2) ノイマンは一般の裁判官の審査権を否定するだけでなく、さらに国事裁判所に審査権を集中させることをも否定する。その理由として、彼は憲法問題を抽象的に取り扱うことにより安易に違憲判断がなされる危険性を指摘する。

「このような（裁判官の審査権がもたらす——引用者）危険は審査権を集中することにより一層強まる。個々の裁判所が法律を違憲であると宣言するのは希であろう。個々の裁判所は対象と密接に結び付きこれに精通している。ライヒ労働裁判所が〔労働裁判所法〕第11条に対して承認を拒否することは決してないであろう。同様にカルテル裁判所及びライヒ経済裁判所は〔ヴァイマル憲法〕第109条の現代的解釈を認めないであろう。しかし、対象から遠く離れている国事裁判所はむしろ容易に法律を無効とするであろう。」¹²⁾

さらにノイマンは、国事裁判所の憲法適合性審査が議会制民主主義を危うくするという理由でも、これに反対する。

「法律草案によって予定されている国事裁判所は議会をコントロールするためのものである。基本権が実質的観点から絶対的民主主義を立憲的に制限するのに対して、国事裁判所は議会制民主主義を組織的観点から制限する。たとえそれが法的争訟の形で現れるとしても、国事裁判所が高度に政治的な争訟を裁定することは、自明のことである。……したがって、国事裁判所は最も純粋に市民的法治国家を具現するものであり、国事裁判所は基本権を憲法の中に組織的に固定化することを、まさに組織的に組み込むことを意味する。したがって、国事裁判所は政治的には、国家権力は国民に由来するという基本的な憲法原則を制限することを意味する。国家論がビスマルク憲法下で立法権の絶対性に対してなんらの異議も申し立てなかったのに対して、今や、国家論は、『我々は、法律絶対主義即ち、立法者をあらゆる法的拘束から解放放つ傾向に反対しなければならない』と主張するのである。そしてこのことは、アンシュッツが適切に指摘するように、議会制民主主義への侵害以外の何物でもないのである。」¹³⁾

ノイマン自身も言うように、議会主義という点で、ノイマンとアンシュッツの見解は一致する。しかし、アンシュッツが裁判官の審査権肯定論との現実的妥協論とはいえ国事裁判所の審査権を承認しているのに対して¹⁴⁾、ノイマンは、一般の裁判官の審査権及び国事裁判所の審査権両者を一貫して否定するのである。

さらに、草案理由からも明らかなように、草案、とくにその中でも草案の予定するいわゆる抽象的規範統制は、議会内多数派に対する少数派の保護をその目的とする¹⁵⁾。が、ノイマンは、このような裁判所による議会の少数派保護にも問題があるとする。

「同じことは、草案が法的不安定性の排除と並んで顧慮している議会の少数者保護という思考についても妥当する。しかしこのような法治国家的思考もその極端な展開故に、いかなる賛成も得られない。議会内少数派はまず第一に政治的に保護されなければならない。議会内多数派がその権力を濫用したならば、選挙民が少数派の保護に配慮するであろう。そして、選挙民がいずれにせよそうすることは、ドイツ国民党がその議会支配の濫用のために5月選挙の際に回ってきたつけを想起するだけで明確である。加えて、議会はすでにコントロールの下にあり、少数者は既に憲法上保護されている。つまり、ライヒ大統領は、自己が違憲に成立したと確信する法律を第70条によって認証し公布することを拒否することができる。ライヒ議会の3分の1の少数派は第72条により、ライヒ法律の公布の延期を要求することができる。そして、ライヒ政府はこのような法律を第73条2項により、有権者の20分の1の申し出があるときは、人民投票に付さなければならないのである。」¹⁶⁾

このように、現行法制でも一応の議会内少数派の保護は行なわれうるものであり、これに加えて、国事裁判所の憲法適合性審査に少数派保護を期待することは、民主主義的コントロールの及ばない終身の裁判官に重要な政治的決定権を委ねることになる、とノイマンは述べるのである。

注

- 1) Arnord Brecht, Für ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen, in: Die Gesellschaft, 1929, 1, S. 511/516.
- 2) Brecht, a. a. O., S. 513.
- 3) Vgl. Wolfgang Wehler, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, Bonn, 1979, S. 105.
- 4) Brecht, a. a. O., S. 511.
- 5) A. a. O., S. 511 f.
- 6) A. a. O., S. 513.
- 7), 8) A. a. O., S. 514.
- 9) A. a. O., S. 516.
- 10) Neumann, Gegen, S. 519.
- 11) A. a. O., S. 520.
- 12) A. a. O., S. 533. 13) A. a. O., S. 533f.
- 14) 前掲拙稿(2), 4頁参照。
- 15) 前掲拙稿(2), 17頁参照。
- 16) Neumann, a. a. O., S. 534 f.

Ⅱ F・ノイマンの基本権論

1 基本権と民主主義

ノイマンによれば、基本権と民主主義は本来一致しない。

「基本権はその歴史的展開によれば、……自由主義の理念から生じたものであって、民主主義の理念からではない。確かに、民主主義はその起源によれば人格主義的なものであり、また個々の人間の上に打ち建てられている、しかし、民主主義が正当化しようとするのは、各人の自由ではなく国家の強制である。このことは、古典的な形でルソーの有名な文章において表現されている、即ち、社会に入った人間は自己の総ての権利を放棄し、その結果人間にはいかなる権利も残されていない。そしてルソーは極めて率直に、個々人の自由ではなく国家の強制を正当化することがその社会契約論の課題であるとしている。ルソーは多くの箇所では基本権及び自由権が民主主義という考え方と一致しないことを述べている。」¹⁾

しかし、このような基本権と民主主義との不一致が直ちに問題となるわけではない。

「基本権と民主主義原理との理論的不整合性から直ちに、基本権が民主主義にとって危険であると主張することはできない。蓋し、国家の建設は理論的考察に基づいてのみ行なわれるものではなく、民主主義及び社会主義にとって基本権を導入することが有利に働けば、憲法典の美学的美しさを犠牲にしても基本権を受け入れるのである。結局、自由主義イデオロギーは社会主義運動に一定の貢献をし、今日尚、ヴァイマル憲法第114, 115, 117, 118条に含まれている自由主義的思想は社会主義イデオロギーと分ちがたく結び付いて、なぜなら、このようなフランス革命の所産は歴史的発展という視点から見て殆ど無視することができないからである。」²⁾

結局ノイマンにとって問題は、基本権のイデオロギー的性格である。

「実際、民主主義的国家構造と自由主義的基本権の密接な結合は極めて危険である。このことは、単に社会状況の変化においてのみでなく、基本権の国家論上の特性においても存在する。基本権は自然法という思惟の世界に由来する。あらゆる自然法的イデオロギーがそうであるように、基本権は全く形式的なものである。基本権は、あらゆる政党、あらゆる地位、あらゆる階級、あらゆる宗教、あらゆる団体にとって自己の政治的行為を正当化するために利用されるのである。社会構造と自然法的イデオロギーが合致する場合——これは市民的法治国家について当てはまるが——、我々はこれを *Ausdrucksideologie* と呼ぶ。しかし、自然法的理由づけが社会の精神的内実と抵触する場合——これは社会民主主義について当てはまるが——、我々はこれを *Verdeckungsideologie* と呼ぶ、そしてこの場合政治的目的の自由主義的 (*liberale, freiheitliche*) 正当化は、政治集団の権力追求を隠蔽することに利用される。そして、法律の憲法適合性審査という問題に対する保守的裁判及び反動的国法論の姿勢はまさにこの場合に当たる。自然法が実定法の外にあり、あらゆる歴史以前にあらゆる歴史と並んで永遠にそして不変に存在する法に訴えることによって、このような自然法は必然的に形式的なものとなり、その結果、ありとあらゆる考える要求が自然法的イデオロギーによって主張されるのである。」³⁾

ノイマンは、基本権のこのようなイデオロギー的性格の中に、保守的裁判官がヴァイマル憲法の解釈論において自由主義的要素を強調し社会民主主義的要素を過少評価する原因を見るのである。

「もしヴァイマル憲法の基本権が前国家的権利であれば、これらはほとんど不可侵であり、この場合、ヴァイマル憲法は本質的に自由主義憲法ということになり、これは当然のこと、有産階級の利益、ブルジョアの安全、その所有権、その契約の自由、その営業の自由を保障しなければならないであろう。

しかし、実際には基本権全体が前国家的な自由権から構成されているわけではない。第2編のいかなる基本権規定にも、諸権利が不可侵であり又は神聖であるとする条項も存在しない。所有権でさえ、たとえば旧プロイセン憲法におけるように、不可侵の基本権として保障されているわけではなく、『憲法によって保障されている』のである。同様に他の基本権も憲法によってはじめて、即ち、その第2編によってはじめて保障されるのである。』⁴⁾

したがって、ノイマンにとっての次の作業は、ヴァイマル憲法の基本権規定はどのように解釈されなければならないのかを示し、また、これによって基本権規定の自由主義的解釈のもつイデオロギー性を明らかにすることである。

2 ヴァイマル憲法の基本権規定の解釈

ここでは、ヴァイマル憲法第2編の経済的自由及びいわゆる社会権が検討される。第2編の中心的条項は、それが労働及び経済体制の権利を規律する限りにおいて、ヴァイマル憲法第151条及び165条である。第151条1項によれば、「経済生活の秩序は、各人に、人たるに値する生活を保障するという目的をもつ正義の原則に適合するものでなければならない。この範囲で各人の経済的自由が保障される」。各人の経済的自由は、第151条2項、第153条及び第152条において詳細に規定されている。第151条3項は通商及び営業の自由を、第152条1項は契約の自由を保障するが、いずれも「法律の定めるところに従い」保障されるのである。また、第153条1項は、所有権を保障するが、その内容と限界は法律によって定められる。確かに、本条は公共の福祉のための法律上の根拠に基づく公用収用を認め、これには正当な補償が必要とされるとするが、しかし、ライヒ法律に補償を要しない旨の規定があれば補償の伴わない公用収用も可能である（同条2項）。所有権は義務を伴い、その行使は同時に公共の福祉に役立たなければならない（同条3項）。

「このような基本権規範を考察すれば、偏見のない読者であれば直ちに、資本主義的自由の神聖化など問題にならないという印象を持つであろう。このような基本権規定を、たとえば、旧プロイセン憲法、ベルギー憲法、フランス憲法及びアメリカ憲法のそれと比較さえすれば、ドイツ憲法における資本主義的自由原理の承認と他の憲法におけるそれとの間には深い亀裂のあることがわかるであろう。経済体制の規律の頂点において第151条は経済秩序の目的は各人に人たるに値する生活を保障することであると実質的に規定される正義の理念を打ち立てる。このような範囲においてのみ所有権、契約及び営業の自由という資本主義的自由権が保障されるのである。」⁵⁾

このような、通商・営業の自由、契約の自由、所有権の保障規定における経済的自由の制限と対比して、第155条（土地改革）、第156条（社会化の可能性）、第159条（団結権）、第165条（経済民主主義の原則）、第161条（社会保障権）は、いわゆる社会権を保障している。

「これらの基本権規定は社会的法治国家建設のための基盤を含み、その目的は社会的自由の実現である。社会的自由とは、労働者がその労働の成り行きを自分で決定する意思を持つこと、生産手段を所有する者の命令権による労働の他律が自律に席を譲らなければならないことを意味する。」⁶⁾

そして、このような「社会的自由」は、憲法上強く保障されている。ノイマンは、このことを団結権の例をひいて説明する。

「このような社会的自由権を文言上考察すれば、たとえば団結権に関する第 159 条は、このような社会的自由権がすべての資本主義的自由権と比べて比較にならないほど強い程度で保障されていることがわかる。所有権、通商及び営業の自由の内容が法律によって制限されうるのに対して、団結の自由が受けている保障は殆ど絶対的である。ラント法律もライヒ法律も団結権の内容をどのようにしても制限することはできない。……これ以外に、団結権の保障が尚他の点においても資本主義的自由権の保障と比べて抜きん出ている。自由と財産が国家に対してのみ低い程度で保障されるのに対して、労働者はその団結権においてたんに国家に対するだけでなく、私的な社会的権力に対しても保障される。第 159 条 2 段によれば、このような団結の自由に影響を与える合意及び措置はすべて違法である。

ここでは、いかに強力に憲法制定者が自由主義的イデオロギーから離れているかが十分明確となる。ここでは働く者が自己が負った義務（たとえば、いかなる労働組合にも加入しないという義務）に対して自ら保護される。なぜなら、憲法制定者は法的平等及び法的自由が実質的平等及び実質的自由とは一致しないことを認識していたからである。

その第 1 項において包括的な団結権の基礎を規定している第 165 条は、……労働及び経済体制の構成にとって中心的意義をもっている。本条はまず団結の存在を国家の侵害から保障し、本条は団結をその存立及びその法的性格において自律的な私法上の自助組織として承認する。これにより、たんに各人だけでなく団体にも存在の基本権が与えられるが、このような基本権をカール・シュミットに倣い制度的保障とも呼ぶことができよう。これ以外に、第 165 条は立法者に対して、経済体制を構築すること一すべての生産的諸力の展開に労働者団体が同権的に参加することの容認を義務づけるのである。」⁷⁾

このようなヴァイマル憲法の経済的自由及び社会権についての規定の特色は、市民的法治国家思想と社会的法治国家思想との対比においてより明らかとなる。自由主義的法治国家は、個人の自由と財産を外面的に保障するものであり、そこではなにより私的自治の原則が尊重され、経済社会への国家の不介入が要請される。

「自由主義的法治国家は、国家という強制装置によって自由と財産を保障することのみが国家の任務であると考え。自由主義的法治国家は、いかなる社会的階級のためにも国家は介入すべきでないとする基本思想の上に立脚している。……資本主義社会における国家の不介入は実際は支配的階級のための介入を意味する。不介入は、経済的強者が経済的弱者に対して生存条件を命じることができるということを意味する。自由主義的法治国家はいかなる経済体制も知らない。自由主義的法治国家は尚かつ一度として経済法を知らない。なぜなら、経済体制及び経済法の理念は民法第 903 条の文言において語り尽くされているからである。即ち、物の所有者はその物を自由に扱うことができ、他の者がその物へ影響力を行使することが排除される。今日に至るまでドイツの法律学は経済法という概念を知らない。今日に至るまで経済法のいかなる体系も存在しない。その原因は法律学が依然として経済を支配するのは自然法則であって法律ではないという虚構にとらわれていることにある。」⁸⁾

これに対して、社会的法治国家思想は、このような市民的法治国家思想を修正し、私的所有権を承認しながら、私的所有者の管理権を私的所有者から奪うことを意図している。ノイマンによれば、所有権は機能的にみて、物の支配、つまり生産手段の所有を保障し、次に、所有者の管理権及び利用権を保障する。そして、この管理権には、物に対する管理権と人つまり労働者に対する管理権が含まれ、この労働者に対する管理権から、労働者に対する命令権が生じる。ヴァイマル憲法の労働体制及び経済体制に関する規定は、私的所有者のこのような管理権を制限するものである。

「労働体制の目的は所有者の労働者に対する命令権を規律ないしは制限することである。このような労働体制の概要は憲法の第2編に定められている。まず、労働者は第157条に定められている国家の労働者保護によって命令権の濫用から保護される。……さらに、経営における所有者の命令権は第165条2項に規定されている経営協議会によって制限される。最後に最も重要なものとして、所有者並びその組織の労働市場に対する支配が、第165条により憲法上保障された労働組合によって制限される。したがって、労働体制は、それがたんに形式的平等思想のうえに打ち立てられたものではなく、特に、第165条の労働者保護規定から明らかなように、立法者が労働者の保護及びその向上の実現に重点を置いていることを示している。したがって、労働法の領域では立法者の平等理念が積極的に定められているのである。

同じことは経済体制の法についても言える。確かに、憲法によれば、私有財産制度は不可侵であり、公用収用、私有財産を奪うことは憲法上の要件を満たす場合にのみそして原則として正当な補償の下でのみ可能である。がしかし、ライヒ憲法第156条は私企業を国有化する可能性すら与えている。……

これと並んで、とりわけ生産手段に対する所有者の管理機能が法秩序によって決定的な影響を受ける。たとえ所有者が法律上なお生産手段を所有する場合でも、国家及び組織化された団体がその生産手段に対する管理を掌握するときには、社会化がなされる。……このような生産手段の管理が目的とするのは、第151条1項によれば、各人に人たるに価する生活を保障することである。組織的にはこれは団体、労働者の同権参加によって行なわれうる。

このように、ヴァイマル憲法第2編において定められている経済体制を概観することから明らかとなるのは、市民的法治国家の形式的平等理念を断念すること、即ち、私的所有権を承認しながら私的所有権の管理を私的所有者から奪うという社会的法治国家思想を積極的に肯定していることである。』⁹⁾

このような社会的法治国家思想を掲げるヴァイマル憲法を市民的法治国家思想を抛り所に解釈すると、ヴァイマル憲法の理念は骨抜きにされてしまう。そしてこのような解釈の拠点となるのが、第153条の所有権規定である。つまり、この私的所有権の保障はヴァイマル憲法が標榜する社会的法治国家思想に対する障壁ともなるのである。

「確かに憲法第153条1項2段は、所有権の内容と限界は法律がこれを定めると規定する。それ故、所有者の処分権限は第153条の支配の下でも通常のライヒ法律によって制限される可能性は確かにある。同様に、私有財産制度それ自体が通常のライヒ法律によっては廃棄されえないことも確かなことである。しかし、どこに限界があるのであろうか。確かに、私有財産制度は条文上存在し続けうるとしても、それが一連の所有権制限によって内部から空洞化される可能性がある。この場合、裁判、憲法裁判所はこのようなライヒ法律を適用するであろうか。……」¹⁰⁾

「それ故、カルテル及び独占の規制の強化、ライヒ石炭及びライヒカリ委員会への労働者の影響力の強

化及び鉄経済連合の新たな組織化などを求める労働組合及び社会主義政党の要求が実現されるならば、直ちに、憲法裁判所がこのような法律がライヒ憲法第 153 条及び 151 条に適合すると看なすか否かの問題が憲法裁判所に対して提起される。憲法裁判所はこのような問題にどのように答えるであろうか。裁判官層の精神的体質及び従来を経緯よりして答えは明々白々である。』¹¹⁾

「裁判所の法令審査権の承認は、現在の社会秩序にとって有利に作用した。このことは、裁判所の法令審査権を肯定した判決のすべてを分析することによって、まぎれもなく判ることである。これらの判決は、そのすべてが、ある特定の法が私有財産の安全を保障するヴァイマル憲法第 153 条に触れるものであるか否かという問題を扱ったものである。』¹²⁾

「ここでは、このような見解に反論する余裕はない。ここでは以下のことのみを指摘する。即ち、裁判官の審査権の承認と結び付いた基本権が社会権の発展にとっていかに大きな危険を生み出すかである。』¹³⁾

このように、ヴァイマル憲法は社会的法治国家思想に基づく諸権利を保障し、立法がこれを積極的に具体化することを予定している。これに対して、保守的裁判官層は、市民的法治国家思想によって裁判を行い、ヴァイマル憲法のこのような理念を等閑視している。したがってこのような裁判官層に法律の憲法適合性審査権限を与えるならば、ヴァイマル憲法の理念は根こそぎ無意味なものになってしまうのである。そして、この第 153 条とともに、このような保守的裁判官層の武器となるのが、第 109 条の「法の前の平等」規定である。

3 法の前の平等

ノイマンはまず最初に、平等の問題に関する従来議論を概観する。平等規定の問題は、一般に平等規定の名宛人の問題と平等命令の実質的内容の問題に分けることができる。

まず第一に前者からみると、これについては法適用の平等（立法者非拘束）説と法定立の平等（立法者拘束）説とがするどく対立している。ドイツにあっても旧来の学説は第 109 条の平等命令が法適用機関にのみ向けられたものであると解釈しているが、現在の支配的見解は、それが立法者に対しても向けられたものであると解している。

「この争点の政治的意味はとてつもなく大きい。つまり、もし平等規定が立法者にも向けられたものであるなら、立法者は最初から平等という基本権によって制限される。この場合、民主主義は個々の個別的な基本権によって制動されるだけでなく、第 109 条という中心的な基本権によって、一般的な制限が課せられることになる。……」¹⁴⁾

第二に、平等命令の実質的内容については、消極的平等と積極的平等とに分けられる。まず、消極的平等とは、すべての者は平等の機会をもつことを意味する。このいわゆる形式的平等は、「あらゆる人間は法的に自由に、契約を締結し、財産を取得し、企業を設立することができる、その際実際上の差異、人間の社会的区分は考慮されないままである」という意味で自由主義的自由というイデオロギーに合致する。そして、「もしこのような消極的平等のみがヴァイマル憲法の平等命令の内容であるとすれば、第 109 条の平等規定は自由と財産に基づく市民的法治国家の

広範な礎石そのものである」¹⁵⁾。さらに、積極的平等とは、たんなる機会均等だけではなくその実現可能性をも保障するものである。

「問題となるのはただ、平等規定が積極的な経済的及び社会的平等を要請しているか否か、あるいは少なくとも、経済的及び社会的平等に着手することを要請しているか否かである。」¹⁶⁾

以上のような観点から、ノイマンはヴァイマル憲法第109条の「法の前の平等」について考察するが、まず、考察方法、即ち、憲法解釈方法論自体が問題となる。憲法規定の意味をその文言からのみ考察しようとする「解釈学的解釈」では、第109条の意味は明らかとはならない。なぜなら、第109条の文言は、何も言っていないので、文言からは、平等命令をたんに行政に対する命令と考えることも、そこに立法者への命令を見ることも両方可能である。平等規定が意味するのはたんなる消極的平等の要請であるとも考えることも、積極的平等をも含んでいるとも考えることもできるからである。したがって、第109条の解釈は、あらゆる法規範の内容は機能的に変化し、法規範はこれによって文言上場合によっては何世紀にも渡って改正されないままであることもありうる、しかし、法制度の社会的意味は決定的な変化を被っている、という認識から出発する「社会学的・歴史的解釈」でなければならない。では、このような「社会学的・歴史的解釈」よりして、平等規定の名宛人はどのように考えられるか。ノイマンは、ここにおいて当時の支配的見解である立法者拘束説にくみすることになる。

「平等命令をたんに行政に対する命令と考える旧来の支配的見解は、これを正当化するために、旧プロイセン憲法第4条を引き合いに出す。第4条のこのような解釈が正しいか否かはここでは問わない。……いずれにせよ、第4条のこのような見解は支配的であった。これは支配的でありえたし、当然に支配的であった。蓋し、プロイセン憲法第4条はブルジョアに特有の思想に対応するものであったからである。プロイセン憲法の任務は、有産階級の自由と財産を守り、封建的残滓の政治的意味を維持することのみであった。

もし第4条の平等命令を立法者に向け、そしてそこに積極的意味を与えたならば、この規定は市民階級に対してのみ向けられたものとなる可能性と必然性をもつ。これに反して、平等命令は非常に強力な封建的行政に向けられなければならなかった。蓋し、このような行政は市民階級ではなく貴族及び大土地所有者の手中にあったからである。このような政治的権力に対して市民階級は法適用における平等を主張せざるをえなかった。それゆえ、プロイセン憲法の平等命令は法秩序の保障とその維持に尽きたのである。これは市民階級の自由と財産を保持することにのみ奉仕したのである。今日でも尚第109条を、人の誰彼を問わず法律を適用すべきであるとする行政に対する命令以上のものではないと考えるならば、第109条の意味は同様にゼロである。蓋し、このような要求はあらゆる法治国家、とりわけ官吏国家において自明のことであるからである。

それ故、我々はまず第一に、平等命令を立法者に対する命令でもありと見え、平等の基本権を顧慮する支配的見解に原則として賛成することになる。」¹⁷⁾

第二に、平等規定の実質的内容についてノイマンは、第109条が積極的な経済的及び社会的平等を保障するものであると主張する。

「今日の支配的見解は第 109 条の平等命令を純粋に消極的なものとみている。このことは、文献において明示的にも強調されている……。確かに、平等命令が消極的意味も持っている、即ち、恣意的差別を禁止しているというのは正しい——しかし、このことが決定的なことであるとは到底いえない、区別がどのような場合に恣意的になるのか、ドイツの学説が明らかにしていないので尚更そうである。勿論ドイツの理論においてもアメリカのそれにおいても積極的な内容規定の試みはみられる。区別、とりわけ、たとえば弱者、労働者階級の優遇などの社会的区別は平等命令が存在するにもかかわらず、このような区別が公の利益に奉仕する場合は許されるのである。即ち、アメリカの国家論によれば、これは一つの例外であるが、これは究極的には自由と財産の保障に有益なものである。したがって、契約及び営業の侵害を含む労働者保護規定はアメリカの国家論によれば、それがたんに労働者階級だけでなく資本主義の利益に役立つ場合のみ許されるのである。したがって、再びアメリカ及びドイツの新しい国家論において平等規定が市民的法治国家の維持に役立つようになってきたのである。再び立法者が不平等に取り扱っているか否かの問題に対する基準が基本的には各個人の自由、したがって自由主義の理念となってきたのである。……」¹⁸⁾

「さて第109条はいかなる平等命令を含んでいるか。憲法を何んら顧慮する必要はなく、少し考えれば、自由主義の平等思想が憲法で保障されうなど考えられないことがわかる。蓋し、憲法は決定的部分において労働者階級の所産であるからである。憲法委員会においてジンツハイマー及びカツエンシュタインのような憲法に精通した代表者によって代表される労働者階級が、憲法に市民階級の自由と財産を保障すること以上のことを望まなかったなど考えられない。むしろ、ヴァイマル憲法第2編を読まなくても、次のように言うことができる。即ち、所有権ではなく、労働者と、その向上を確保することが基本権の対象であろう。ヴァイマル憲法第2編を読めばこのような推定が正しいことが一層鮮明となる。」¹⁹⁾

以上のようなノイマンの主張をまとめると、立法者拘束(法定立の平等)+社会的法治国家思想に基づく積極的平等ということになる。これに対して、通説は、立法者拘束(法定立の平等)+市民的法治国家思想に基づく消極的平等である。ここでノイマンがなによりも強調するのは、このような支配的見解が裁判官の審査権と結びつくことによって、ヴァイマル憲法の社会的法治国家思想が骨抜きにされてしまうという危険性である。そして、この危険性は、ライヒ最高裁判所の判決によって現実のものとなった。つまり、「最高裁判所もまた、憲法第 109 条の法的平等の原則は議会を拘束するものであって、『恣意的な』法は違憲なものとみなされるべきであるとする理論を容認した」²⁰⁾ のである。

このように、ヴァイマル憲法の社会民主主義理念及び社会的法治国家思想は、憲法適合性審査権を有する保守的裁判官層のヴァイマル憲法第 153 条及び 109 条の自由主義的解釈によって、その実質的内容が失われるのである。

注

1) Franz L. Neumann, Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung (1930), in: Franz L. Neumann, Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze, 1930–1954, hrsg. von A. Söllner, Frankfurt/M., 1978 (以下, Grundrechte) S. 59. なお, F. ノイマンの基本権論について, 宮田三郎「市民的法治国家問題について」専修大学社会科学研究所社会科学年報, 第 5 号, 7 頁以下参照。

2) Neumann, Gegen, S. 523.

3) A. a. O., S. 523f.

- 4) Neumann, Grundrechte, S. 59 f.
- 5) A. a. O., S. 69. (なお、下線部は原文のイタリック部分である。以下同様)
- 6) A. a. O., S. 70.
- 7) A. a. O., S. 70 f.
- 8) A. a. O., S. 71.
- 9) A. a. O., S. 72 f.
- 10) Neumann, Gegen, S. 526.
- 11) A. a. O., S. 527.
- 12) Franz Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft (1937), in: Demokratischer und autoritärer Staat. Beiträge zur Soziologie der Politik, Frankfurt/M., 1967, S. 37. (倉沢康一郎訳「近代社会における法の機能変化」, 内山秀夫他訳『政治権力と人間の自由』河出書房新社, 1971年, 79頁)。
- 13) Neumann, Gegen, S. 528.
- 14) Neumann, Grundrechte, S. 61 f.
- 15), 16) A. a. O., S. 62.
- 17) A. a. O., S. 65 f.
- 18) A. a. O., S. 66.
- 19) A. a. O., S. 68.
- 20) Neumann, a. a. O. (Anm. 12), S. 37 (倉沢前掲訳79頁以下)。

Ⅲ アメリカ法の影響

Ⅱで指摘された裁判官の審査権のもたらす危険性がいかに現実のものであるか。ノイマンは、アメリカ合衆国の法理の展開を例にひいてこれを強調する。ノイマンはアメリカの判例によって確立された司法審査制をすどく批判する。

「アメリカの憲法の運用から明らかなように、裁判官の審査権自体は法外な危険を孕んでいる。無論、アメリカにおいて生じた危険と同程度の危険はドイツでは決して生じないであろう。なぜなら、ドイツの社会立法は非常に深く根付いており又部分的には憲法上保障されているからであり、また、アメリカの裁判組織や裁判官像は本質的にドイツのそれとは異なるからである。しかし、ドイツの裁判官も人間であり、政治的人間であり、裁判官として保守的である。それに加えて、裁判官の職業観が変化した、つまり、職業観が道德化し、法より道德を優先させた結果、法の拘束は解かれそして法律に対する検問者としての地位を次第に我物顔に用いるようになった。このような変化は終わるところか時をおって激しくなったので、裁判官の政治的意思は次第に重きをなすようになる。アメリカでみられたことが年を経るに従いドイツにとっても現実の問題となってきた。」¹⁾

では、なぜこれほどノイマンは、アメリカの司法審査制に対する不信をあらわにしているのだろうか。その理由は、この時代のアメリカにおける司法審査制の機能にある。つまり、「……“due process clause”は19世紀末の諸判決によって私有財産権の一般的保障規定たる性格を与えられたのであるが、このような解釈はこの時期（1910—1933年）においても維持された。そして、革新主義の台頭の結果として、連邦や州で経済統制立法、社会立法が制定されるようになって

たことは、“due process clause”の発動される機会を多くした。裁判所はその自由放任的世界観をもって、企業に対する干渉は神経質にこれを排除し、社会立法は『契約の自由』を侵害するものとしてその多くを違憲とした。たとえ解釈原理には大きな変化はなかったにせよ、その実際上の効果に注目するとき、われわれはこの時期をもって、“due process clause”の最盛期となしえよう²⁾。この、デュー・プロセス条項の最盛期(1910—1933)が、ヴァイマル憲法時代(1919—1933)にほぼ対応していることは、ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権をめぐる議論を検討する上で重要なことである。

この時期のアメリカ判例法の問題点はいくつか指摘することができる。第一の問題点は、反トラスト法たるシャーマン法及びクレイトン法が企業に対して消極的しか適用されなかったのに反して、労働組合に対し積極的に適用されたことである。即ち、本来は企業の独占を禁止する目的で制定された1890年のシャーマン反トラスト法は、本来の規制対象である生産部門における持株会社などの企業合同に対しては無効なものとなった。その反面、その本来の目的とは関係のない分野である労働組合の活動を規制するために用いられた。たとえば、「1908年のロー・ウィ対ローラー事件判決においては、自ら勤める企業の製品に対して不買運動を展開した労働組合の行為は、州際通商を制限するものであるとして、シャーマン反トラスト法が適用された」³⁾のである。また、「1920年の連邦取引委員会対グラッツ事件において最高裁判所は、クレイトン法中の“Unfair methods of competition”とは、従来から不法とされていたような、詐欺、悪意、脅迫等を用いた場合のような公序良俗に反する不正な競争方法についてのみ適用があり、公正かつ自由な競争には適用がないとした」⁴⁾のに対して、1921年のデュプレックス印刷株式会社対デイアリング事件では、クレイトン法第6条が、「独占禁止法が労働組合の存在および活動を禁止すると解釈してはならないとしているのは、通常のまたは適法な組合活動にのみ適用があるものとし、さらに労働争議に対する差止命令の発給を禁じた同法20条は、従来の法を何ら変更するものではないとして、二次的ボイコットに対する差止命令の発給を認めた。この判決及びそれに従ったその後の諸判決によって、労働争議を差止命令という方法で抑圧することを禁じようとするクレイトン法のねらいは骨抜きにされたのである」⁵⁾。ノイマンも、このようなアメリカ合衆国最高裁判所の判例に注目する。

「ここで注目しなければならないのは、連邦最高裁判所がシャーマン法及びクレイトン法を労働組合に適用したことである。しかしこれらの法律はその制定過程、その意図及び1899年12月4日のシャーマンの明らかな発言によれば、労働組合を対象としたものではない。ここでは次のことのみを指摘する。即ち、これら二つの反トラスト法を労働組合に適用した6つの判決全体が労働組合にとって不利益になった。これに対して、ロックフェラー・スタンダード石油が連邦裁判所に登場するや、直ちに連邦裁判所は何を差し置いても絶対的トラスト禁止を制限し、スタンダード石油を良いトラストとして承認したことである。」⁶⁾

アメリカ判例法の問題点の第二は、一連の労働保護立法が否定されたことである。たとえば、

1918年のハマ対デイゲンハート事件では、14歳未満の少年を使用し、または14歳以上16歳未満の少年を一日八時間以上もしくは1週六日をこえて使用し、もしくは午後7時以後もしくは午前6時以前に使用する工場で生産された商品が、州際取引のために輸送されるのを禁ずる1916年の連邦の法律が違憲とされた⁷⁾。また、1923年のアトキンス対少年病院事件では、最高裁判所は婦人及び未成年者に対する最低賃金を定める連邦法を、それが成年婦人に適用される限りで違憲であるとした⁸⁾。

「このような自由権に関する判例よりもなお大きな意味を持つのがアメリカの裁判所、特に連邦裁判所による一連の労働立法の否定である。全米労働同盟は1922年11月の定期刊行物 321 号として小冊子を刊行しているが、そこにはアメリカの司法によって無効とされた労働法関係法律すべての印象深い一覧表が含まれている。400 件を下らない判決、そのうち 300 件が労働関係立法である。この数を裁判官の審査権を支持するすべての人によく噛み絞ってもらいたい。そして、労働保護立法が実質的に潰された。ある種の労働者に特定の予備教育又は特定の身体的能力を要求する法律、たとえば、鉄道労働者に色盲でないことを要求する法律である。ワイン貯蔵所における婦人労働の禁止が、1905年のペンシルベニア州の少年労働の禁止とともに司法の犠牲となった。16歳以下の少年の鉱山労働を禁止し14歳以下の少年の工場労働を禁止し、又少年の工場における労働時間を8時間に制限する1916年9月1日の議会制定法は連邦最高裁判所によって違憲であると宣言された。1916年の法律の条件以外の条件で就業する年少者に対して課税する1919年2月24日の年少者労働税法が連邦最高裁判所の犠牲になったが、そこには次のような意味深い理由が付されていた。即ち、この課税が年少者の労働を抑制するという事実にあえて目をつぶるために裁判所は盲目にならねばならなかったことを示す理由である。一連の労働立法が一部は連邦裁判所の裁判、一部は連邦最高裁判所の裁判の犠牲になった⁹⁾。」

このようなアメリカの判例の展開の中に、裁判官の審査権のもたらす危険性を看取したのは、無論ノイマンだけではない。たとえば、既に憲法制定の段階においても、「……ランズベルク (Otto Landsberg) がいわゆる裁判官の審査権を明文で否定する規定の導入を提案した。その主たる動機は、当時、所得税法を所有権侵害を理由に違憲としたアメリカの連邦最高裁判所の有名な判例である。」¹⁰⁾ とか、「プロイスも、ワイマール憲法における違憲審査の規定の彼の構想は、主として社会民主党が『アメリカの最高裁判所の悪名高い実践』によって恐怖を覚えたという理由から反対されたことを述べている。」¹¹⁾ などという指摘がなされている。この点では、ジンツハイマー (Hugo Sinzheimer) の憲法制定段階における発言は、異例のものである¹²⁾。彼は、当時提案された国事裁判所によるいわゆる抽象的規範統制に賛成し、その中で「……国事裁判所というものが憲法の保障のために認められているが、これは、たとえばアメリカのような偉大な民主主義国家すべてが導入しているものである……。単に多数派が有効であるということだけではなく、少数派が保護されなければならない、そしてその少数者の保護が法的コントロールの下になされなければならないことが、民主主義の前提である。」¹³⁾ と述べている。しかし、その彼も後にはその説を変更する。「今日の私の見解は——近時の多様な経験によって余計なものが洗い落と

され——, 10年以前私が今日の草案の意味において行った個々の主張とは異なったものとなっている」¹⁴⁾。この、「10年間の経験」の中に、アメリカ判例法の影響のあることは否定出来ないであろう。同じ社会民主党系でもヘラー(Hermann Heller)の場合は、より明確に危険性を指摘する。即ち、「憲法裁判権というものが、いかなる場合であれ憲法の保障をもたらすということは、形式主義的法治国家理念にとってのみそうであるにすぎない。実質的にこのような場合がいかに少ないかは、合衆国の憲法裁判の諸判決がもっともよく示している。そこでは、憲法裁判権の行き過ぎた拡大が、憲法紛争の非政治化につながるどころか、むしろ裁判所の苦痛に満ちた政治化を導いた。というのは、憲法裁判所が、民主主義的政治家ならば、国民の人気を失うことを恐れて避けるような政治的諸決定を行うことがまれではなかったからである」¹⁵⁾。また、ラートブルフも同様の指摘を行っている。即ち、「弾力的に運用されている基本権諸規定があまりに司法形式的な厳格解釈により硬化させられる場合、これによって法の継続的發展が妨げられることになる。このことはすべてアメリカの審査権の運用、特にアメリカの司法の労働保護立法の憲法適合性に対する闘争によって実例が示される」¹⁶⁾。

以上のように、裁判官の審査権に対して批判的な論者の多くは、裁判官の審査権を承認することによって生じる問題としてアメリカの例を挙げている。しかし、このような議論の仕方は、ヴァイマル憲法時代に特有のものであって、それ以前とは異なったものである。アメリカの司法審査制についてはドイツでもすでにフランクフルト憲法草案にその影響が現れている。そして、19世紀後半には、ドイツにおける裁判官の審査権に関する議論の中に、様々の形で参照されている¹⁷⁾。当時、裁判官の審査権、特に実質的審査権に賛同する者がその例としてアメリカ合衆国の司法審査制を挙げているのは当然としても、裁判官の実質的審査権に反対する論者もアメリカにおける司法審査の具体的行使を視野に入れて、裁判官の審査権に反対しているわけではない。アメリカの司法審査制をドイツに導入出来ない理由は、当時のドイツとアメリカの政治体制の違いに求められたのである。逆に言えば、当時のアメリカの連邦最高裁判所をはじめとする裁判所は、裁判官の審査権反対論者が積極的に注目するような、つまり反対論の有力な根拠となるような半面教師的活動をしていなかったのである。したがって、裁判官の審査権を承認すればあのようなことが生じるという形ではなく、あくまで両国の基本的な政体の相違のみが注目されたのである。このように見てくると、ドイツにおけるアメリカ法の影響の問題は、受け手であるドイツの状況の変化だけではなく、送り手であるアメリカの状況の変化も視野に入れて論じなければならない¹⁸⁾。

注

1) Neumann, Gegen, S. 530 f.

- 2) 田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立(6)」国家学会雑誌, 第72巻7号, 28頁以下。
- 3) 西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察(1)」広島法学, 第3巻1号, 111頁注(14)。
- 4), 5) 田中前掲論文42頁。
- 6) Neumann, Gegen, S. 531.
- 7) 田中前掲論文32頁。
- 8) 田中前掲論文(7), 国家学会雑誌, 第72巻8号, 11頁。
- 9) Neumann, Gegen, S. 532.
- 10) Fritz Morstein-Marx, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin, 1927, S. 32 ff.
- 11) 和田英夫『大陸型違憲審査制』有斐閣, 1979年, 32頁。
- 12) H・ジンツハイマーのヴァイマル憲法制定国民議会における発言の詳細は, 拙稿「ヴァイマル憲法制定国民議会における裁判官の審査権」城西人文研究, 第12号, 100頁以下参照。
- 13) Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, Berlin, 1920, S. 485.
- 14) Hugo Sinzheimer, Chronik, in: Die Justiz, Bd. 4 (1928/29), S. 641, Anm. 1.
- 15) Hermann Heller, in: VVDStRL 5 (1929), S. 113.
- 16) Gustav Radbruch, Richterliches Prüfungsrecht?, in: Die Justiz, Bd. 1 (1925/26), S. 14.
- 17) この点について, 拙稿「19世紀ドイツにおける裁判官の審査権」法学新報, 第90巻第7・8号, 186頁以下参照。
- 18) より広い観点からではあるが, 次のような指摘がなされている。「ドイツにおけるアメリカ内面像の中には, まず横断的に, アメリカ政治像, 経済像, 文化像等の諸相がからみあっているだけでなく, 更に縦断的にも, 歴史の発展とともに, それぞれについて幾多の変遷がある。文化像のように対象そのものに流動性が乏しく, 従って比較固定した像が抱かれつづけるものであるが, 政治のように変遷が著しく, しかもアメリカ政治をみる側のドイツの政治, つまりフィルター自体が幾変遷している場合にはとくに, この縦断的展望のもつ比重は大きい」(篠原一「ドイツ・デモクラシーとアメリカ政治像」, 斉藤真編『現代アメリカの内政と外交』東京大学出版会, 1959年, 326頁)。

結 語

以上のように, ノイマンは, 審査権をもつ裁判官がその自由主義的イデオロギーによってヴァイマル憲法を解釈し, これによって議会による憲法の社会的法治国家理念の実現を阻止することになるとの理由から一般の裁判官の審査権を否定し, 加えて, 裁判官の審査権が集中された場合にはこのような危険性が増大しこそすれ, 減少することは決してないという理由から国事裁判所の審査権をも否定する。

このように, ノイマンの裁判官の審査権否定・非集中論の根底には, 裁判官に対する不信が明確に見て取れる。この点, 同じ裁判官の審査権否定論であっても, アンシュッツの場合には, これほど明確な裁判官に対する不信は現れていない。ノイマンは, 集中論にも反対している。これに対し, アンシュッツはその人的構成からみて一般の裁判所と異なるところのない国事裁判所に

よる憲法適合性審査をみとめる。両者の見解の相違は、このような裁判官に対する不信の強度の差によるのではなかろうか。

ノイマンの裁判官に対する不信は、法解釈・法適用過程における創造性の強調や裁判官の裁量の拡大という時代の要請によって一層増幅される。確かに、過去においては、裁判官の自由な裁量が進歩的に作用したこともあった。そこでは、これによって硬直した反動的な法秩序への突破口が形成されたのである。しかし、ヴァイマル憲法下にあつては、裁判官の裁量又は自由な法適用は、ヴァイマル憲法がうたう社会民主主義の理念及び社会的法治国家思想を切り崩すこととなるのである。ノイマンその他の「労働運動と連繋する社会民主党系の法律家（弁護士）たちは、『自由法論的な』裁判実務のもたらす民主主義的諸権利（そしてこの場合経済民主主義実現の槓杆たる諸権利がとりわけ重要であったが）への危険性を認識し、そのような認識の地平において裁判官的法律審査権（国事裁判所の審査権もふくんで）の政治的本質を鋭くついたのである」¹⁾。

このように、ノイマンの一般の裁判官の審査権否定・非集中論は彼の基本権論、民主主義論、裁判官論、一般条項論などから首尾一貫して帰結されるものであり、それらと密接に結び付くものであるが、本論ではこれを素描したにすぎず、個々の具体的な関連性についてはより詳細な検討が必要となる²⁾。また、ここでは社会民主党内の議論としてブレヒトの見解のみをあわせて考察したが、H・ヘラー、H・ジンツハイマー、G・ラートブルフなどの見解の詳細な分析も必要となる³⁾。これらについてはいずれも別稿に譲る。

注

1) 広渡前掲論文，192頁。

2) F・ノイマンの生涯と業績については、序の注2)で挙げた諸論稿を参照して検討する予定である。

3) Vgl. Helge Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Gottingen, 1984. (本書の紹介として、渡辺康行，国家学会雑誌，第98巻1・2号，182頁以下がある)